

La teoria del dret de H.L.A. Hart (Herbert versus Hèrcules)

Josep Joan MORESO

Universitat Autònoma de Barcelona

Working Paper n.14
Barcelona 1990

1. Introducció

Herbert Hart (1907) és un dels grans filòsofs del Dret del segle xx. La seva obra principal The Concept of Law (1961) mereix situar-la al costat de la Reine Rechtslehre (1960, segona edició) de Hans Kelsen i de On Law and Justice (1958) d'Alf Ross, obres que han esdevingut indefugibles per a qualsevol reflexió iusfilosòfica actual.

Com tots els llibres importants The Concept of Law, és una obra la lectura de la qual produeix un fort impacte intel·lectual: il·lumina aspectes que vèiem obscurs i planteja problemes interessants.

En aquesta sessió no puc donar compte de tots els problemes plantejats pel llibre i pels articles posteriors que han desenvolupat el pensament en ell contingut. I d'altra banda, entre la bibliografia iusfilosòfica, bàsicament l'anglosaxona, posterior a la publicació del llibre, és difícil trobar treballs que no facin referència al pensament de Hart.

Per aquesta raó, començaré explicant els punts que em semblen més destacats de l'aportació de Hart, assumint els perills que tota tasca de simplificació comporta. I dedicar la segona part d'aquesta intervenció a exposar les idees de Hart en un punt que avui és del màxim interès: el problema de l'aplicació del Dret per part dels jutges.

Aquest punt ha estat l'origen de la crítica més poderosa que s'ha dirigit a la teoria de Hart: la crítica de Ronald Dworkin, el successor de Hart a la càtedra de Jurisprudence de la Universitat d'Oxford.

Al meu parer hi ha dues tradicions de pensament sense les quals no es comprendria l'obra de Hart:

D'una banda, l'escola analítica de jurisprudència anglesa que té els seus orígens en les doctrines de Jeremy Bentham i John Austin. Els primers capítols de l'obra de Hart són una presentació crítica del pensament d'Austin, contra el qual construeix Hart la seva doctrina¹.

D'altra banda, l'obra de Hart ha de ser llegida com una obra inscrita en el corrent de la filosofia analítica, sorgit de l'obra del segon Wittgenstein, anomenat filosofia del llenguatge ordinari. De fet, els interessos filosòfics de Hart van desvetllar-se durant la segona guerra mundial, quan treballant al Servei d'Intel·ligència Britànic va conèixer els filòsofs G. Ryle i S. Hampshire. Acabada la

guerra, no va tornar a exercir d'advocat sinó que va acceptar una plaça com a professor a Oxford. Allà va prendre contacte amb el que fou, segurament, el més gran representant d'aquest corrent filosòfic: John Langshaw Austin².

2. La crítica a John Austin

D'una manera molt simplificada l'esquema de la doctrina d'Austin, criticada per Hart, és el següent:

El Dret és un conjunt de prescripcions, ordres o mandats generals recolzades en sancions, «atribuïbles» al sobirà d'una societat humana. El sobirà és aquella persona o grup de persones a les quals els individus d'una societat tenen l'hàbit d'obeir i, a la vegada, ell (o ells) no obeeixen a cap altra instància.

Hart critica aquesta concepció del Dret per diverses raons, entre les quals es poden destacar les següents:

a) Allò que anomenem normes jurídiques és alguna cosa diferent d'ordres la desobediència de les quals comporta l'aplicació d'una sanció. Si només fos això una norma jurídica seria assimilable a l'ordre donada per una pistoler³.

b) No totes les normes jurídiques són prescripcions, és a dir, no totes les normes jurídiques imposen obligacions⁴. Sobre aquesta idea gira l'obra de Hart. Segons Hart, al costat de les normes que imposen obligacions hi ha altres tipus de normes, com les normes que confereixen poders: les normes de competència. Més endavant desenvoluparé aquesta idea, valguin ara les següents paraules del mateix Hart:

L'argument d'aquest llibre és que la diferència entre regles que imposen obligacions, o deures, i regles que confereixen poders, és de crucial importància en teoria del Dret⁵.

3. Hàbits i regles socials

Una idea procedent de la filosofia del llenguatge ordinari serveix a Hart per a començar la seva anàlisi de la noció de regla. La idea és que per a comprendre les pràctiques socials dels éssers humans s'ha de distingir entre meres regularitats de comportament: hàbits i conductes governades per regles⁶.

Entre els hàbits i les regles hi ha, segons Hart, una important semblança: «en ambdós casos, la conducta de què es tracta ha de ser general, però no necessàriament invariable».

Abans d'entrar en les diferències podem posar un exemple per tal d'il·lustrar les idees de Hart en aquest sentit.

Un hàbit seria el costum que tenim, en aquesta societat, de prendre cafè després de dinar. Una regla social, en canvi, seria el costum que tenim, en la nostra societat, d'usar cullera, forquilla i ganivet per a menjar .

Veiem ara les diferències que hi ha entre aquests costums generalitzats:

1) Els hàbits no susciten crítica enfront de la desviació, les regles socials, en canvi susciten la crítica.

Si hom no pren cafè havent dinat no suscita cap reacció social crítica, en canvi, si hom menja amb els dits el seu tall de carn suscita una crítica reacció.

2) La desviació respecte de la regla es considera una bona raó per a formular la crítica.

3) La tercera diferència ve donada pel que Hart anomena punt de vista intern de les regles. Aquest punt de vista intern és manifesta en el fet que alguns membres de la societat contempen la regla que prescriu menjar amb cobert com una pauta o criteri general de la conducta. Per això s'usa, en aquests casos, el llenguatge normatiu: «havies d'haver usat el cobert», diríem a un amic que ha transgredit la regla; o «no està bé menjar amb els dits» diu una mare al seu fill.

Cal aclarir que no es tracta d'una qüestió de sentiments, jo puc desitjar fortament menjar la carn amb els dits, però l'actitud reflexiva respecte a les pràctiques socials em fa adaptar a certs models de comportament.

Des del punt de vista extern, el punt de vista de l'observador (pensem en un visitant d'una cultura aliena a la nostra) la regularitat de comportament de prendre cafè després de dinar no podria ser distingida de la regularitat de menjar amb forquilla i ganivet.

Segons Hart, les normes jurídiques són un subconjunt d'aquestes regles socials, de les regles que sorgeixen de la pràctica social reiterada d'una conducta més l'aspecte intern.

Per tal de comprendre millor aquesta qüestió els juristes podem acudir a la tradicional explicació del Dret consuetudinari. Per a l'existència d'una norma consuetudinària, cal l'element extern: la generalitzada regularitat de comportament i l'opinió iuris o element espiritual; una cosa semblant a l'aspecte intern de les regles de Hart⁷.

Abans d'exposar el procediment d'identificació de les normes jurídiques cal que ens referim a la distinció hartiana entre regles primàries i regles secundàries.

4. Regles primàries i regles secundàries

Segons Hart, la clau de la ciència de la jurisprudència que Austin buscava en la noció d'ordre coercitiva es troba, precisament, en la noció de Dret com una unió de regles primàries i regles secundàries⁸.

Hart dóna tres diverses aproximacions a la noció de regla primària: a) són regles que prescriuen als éssers humans fer o ometre determinades accions, b) són regles que imposen deures i c) són regles referides a accions que impliquen moviment o canvi físic.

Posa com a exemple d'aquest tipus de regles les normes penals que, segons Hart, prohibeixen conductes sota imposició de sanció i les normes tributàries que obliguen a pagar impostos⁹.

També ofereix tres aproximacions diferents a la noció de regla secundària:

a) Les regles secundàries són parasitàries de les primàries: fent o dient certes coses s'introdueixen noves normes de tipus primari, s'extingeixen o modifiquen regles anteriors, etc.

Les normes de competència (mitjançant les quals s'autoritza a un òrgan a crear noves normes de tipus primari) o les disposicions derogatòries a través de les quals s'exclouen de l'ordenament normes anteriors serien exemples de regles secundàries, segons aquest criteri.

b) Les regles secundàries confereixen poders públics o privats. Altra vegada les normes de competència en el Dret públic, per exemple, o les normes de capacitat en el Dret privat serien bons exemples.

c) Les regles secundàries preveuen actes que condueixen no simplement a canvis físics, sinó a la creació o modificació de deures o obligacions.

Malgrat tot, com alguns autors han posat de manifest aquestes tres caracteritzacions no són equivalents entre si, però amb l'ànim de no complicar excessivament l'exposició prescindiré, d'aquesta qüestió¹⁰.

Sigui com sigui, la distinció és important i s'allunya d'aquelles doctrines jurídiques, com les de H. Kelsen o A. Ross, per a les quals les normes de competència o les disposicions derogatòries poden ser reduïdes, d'una o altra manera, a normes prescriptives de conducta.

Hart ens fa veure els defectes que tindria una estructura social que només disposés de regles primàries d'obligació i suggereix que algunes societats primitives podrien ser exemples d'aquest tipus d'estructura social¹¹.

En una estructura de regles primàries hi hauria una gran incertesa respecte a les regles, donat que no disposaríem de cap criteri d'identificació de les regles primàries. En segon lloc, les regles sofririen d'un caràcter estàtic accentuat, puix que no es disposaria de cap sistema per tal d'adaptar les regles a les noves i canviants circumstàncies. I en tercer lloc, el sistema patiria d'allò que Hart anomena ineficiència de la difosa pressió social exercida per tal de fer complir les regles. Al no haver òrgans amb la competència d'aplicar sancions en cas de desviació, no tindríem un sistema de regles eficients.

Les regles secundàries venen a posar remei, segons Hart, a aquesta situació.

Enfront de la manca de certesa, tenim la regla secundària de reconeixement que especifica alguna característica o característiques la possessió de les quals és considerada com una indicació indiscutible que es tracta d'una regla del grup. Tornaré, després, als problemes plantejats per la regla de reconeixement.

Per a remeiar l'estaticitat d'un sistema de regles primàries, disposem de les regles secundàries de canvi, mitjançant les quals determinats òrgans poden introduir o eliminar noves normes al sistema.

I, finalment, tenim les regles d'adjudicació que permeten determinar quins òrgans i amb quin procediment imposaran les sancions als membres del grup. Defineixen, d'aquesta manera, les nocions de tribunal competent, procediment i sentència.

Com es pot veure, la terminologia de Hart no es correspon a la terminologia jurídica tradicional. La terminologia jurídica tradicional sosté, que les normes primàries són normes dirigides als individus privats imposant-los obligacions i les normes secundàries són normes dirigides als jutges per tal que apliquin les sancions en cas d'incompliment de les normes primàries (Kelsen, com és sabut, inverteix la terminologia i anomena norma primària la norma dirigida al jutge). Al meu parer, les normes primàries i les normes secundàries de la terminologia tradicional serien normes primàries en la teoria de Hart.

5. La regla de reconeixement

Però, tornem a la regla de reconeixement. La regla de reconeixement és, segons Hart, la que introdueix la idea de sistema jurídic.

La regla de reconeixement no és una regla expressada, «sinó que la seva existència es mostra en la manera en què les regles particulars són identificades, ja sigui pels tribunals o per altres funcionaris...».

En els ordenaments jurídics actuals, la regla de reconeixement és una regla complexa, que inclou diversos criteris ordenats jeràrquicament els quals permeten identificar les normes vàlides en aquell ordenament. De manera que segons Hart, un sistema jurídic està integrat per una regla de reconeixement (de la qual no té sentit predicar la validesa ni la invalidesa) i aquelles regles vàlides segons els criteris de la regla de reconeixement¹².

La regla de reconeixement planteja multitud de problemes que han estat abastament tractats per la literatura. En seleccionaré tres:

1) En els ordenaments jurídics com l'espanyol, la regla de reconeixement pot ser identificada amb la Constitució?

2) La regla de reconeixement imposa obligacions als jutges?

3) Quina relació hi ha entre el punt de vista intern i la regla de reconeixement?

1) Al meu entendre, la resposta a la pregunta de si la regla de reconeixement pot ser identificada amb la Constitució és negativa. La regla de reconeixement contindria una clàusula, segurament la primera, segons la qual la Constitució és

Dret espanyol vàlid. Però la Constitució no conté uns criteris jerarquitzats que permetin esbrinar si qualsevol norma és una norma vàlida. D'altra banda, la Constitució espanyola està formada per molts articles que són regles primàries o regles secundàries de canvi i adjudicació.

La regla de reconeixement és una definició de Dret vàlid, però caldria que Hart ens aclarís perquè la definició de Dret ha de formar part del Dret.

2) Com diu J. Raz, deixeble i excel·lent coneixedor de l'obra de Hart, «la regla de reconeixement imposa una obligació als jutges d'identificar i aplicar totes i només aquelles lleis que satisfan els criteris establerts per la regla»¹³.

Ara bé, si la regla de reconeixement és una regla que imposa obligacions llavors serà una regla primària. Malgrat tot, la regla de reconeixement és, per a Hart, una regla secundària. Aquest punt posa la doctrina de Hart referida a la regla de reconeixement en una difícil situació que E. Bulygin ha posat de manifest en un interessant article¹⁴. Com Bulygin conclou, la regla de reconeixement estableix els criteris d'identificació de les normes vàlides i és, per tant, una regla conceptual — una definició—. És fals, en conseqüència, que la regla de reconeixement estableixi una obligació per als jutges.

3) La distinció entre punt de vista intern i punt de vista extern és central a l'obra de Hart; però, malauradament, és també, una de les més obscures.

El punt de vista extern és aquell que usa l'observador extern del sistema i que li permet fer enuncisats externs respecte al sistema. Segons Hart hi ha diferents tipus d'enuncisats externs: a) aquells que merament enuncien les regularitats de comportament dels membres del grup, b) aquells que a més d'això donen compte de la reacció hostil enfront de les desviacions de les pautes usals de conducta i c) aquells que enuncien el fet que els membres del grup accepten les regles com a standards de conducta¹⁵.

El punt de vista intern és el que permet pronunciar enuncisats interns, aquell que tenen les persones que accepten les regles com a pautes de conducta a seguir.

La regla de reconeixement expressa, precisament, aquest punt de vista intern perquè per tal d'acceptar les normes cal primer identificar-les i la identificació de les normes pressuposa la regla de reconeixement.¹⁶

D'aquestes afirmacions cal rescatar la possibilitat de la distinció entre descriure un ordenament jurídic (des del punt de vista extern, però tenint en compte el fet de l'acceptació de les regles) i sostenir que hi ha obligació d'obeir-lo, qüestió que només pot ser afirmada des del punt de vista intern.

La ciència jurídica, segons Hart, pot adoptar el punt de vista extern i descriure un ordenament jurídic, tenint en compte el fet de l'acceptació de les normes, però sense haver d'acceptar-les. Es pot mantenir la distinció entre llenguatge del Dret: normes jurídiques i llenguatge de la ciència jurídica: enunciats que fan referència a les normes jurídiques i que són susceptibles de veritat o falsedat. Aquesta serà, precisament, una de les distincions criticades per R. Dworkin.

6. L'aplicació del Dret: la polèmica Hart-Dworkin

6.1. La concepció de Hart

Estem ja en condicions de presentar la concepció de Hart sobre l'aplicació del Dret per part dels jutges. La seva concepció pot ser reduïda a les següents tesis:

1) Totes les regles tenen un nucli de certesa i una zona de penombra degut a la textura oberta del llenguatge¹⁷.

Aquesta textura oberta es manifesta en la vaguetat dels termes dels nostres llenguatges. Un terme com «bosc» és clarament aplicable a una fageda d'una gran extensió, però tenim dubtes sobre si un grup més petit d'arbres són o no un bosc.

Expressions que, aparentment no són vagues, tenen també, una zona de penombra. L'expressió «taula» té un nucli de certesa clar que fa que l'apliquem a les taules dels nostres menjadors i despatxos. Però, és una taula la safata unida als seients dels avions o dels trens? I, més encara, és una taula un tronc caigut al mig d'un bosc? Tots diríem que no, però potser canviarem d'opinió davant d'un tronc amb unes estovalles al damunt i plats, gots, coberts, una botella de vi i un canelobre.

Doncs bé, les normes jurídiques, segons Hart, pateixen d'aquesta vaguetat i, sovint, els problemes d'aplicació es plantegen perquè els casos en litigi estan situats a la zona de penombra de les regles.

2) El Dret i la moral són, des del punt de vista conceptual, separables¹⁸. Una regla jurídica pot ser injusta des del punt de vista moral, però no per això deixa de ser jurídica. D'aquesta manera, Hart s'oposa a les doctrines iusnaturalistes.

És possible que un jutge tingui l'obligació jurídica d'aplicar una regla contrària a la moral, i és possible també, és clar, que tingui l'obligació moral de no aplicar-la. En resum, les obligacions morals i les obligacions legals poden entrar en conflicte.

3) Ni el formalisme, que sosté que per a qualsevol cas els jutges poden trobar una norma jurídica aplicable, ni l'escepticisme de les regles (el realisme americà) que sosté que els jutges han d'inventar les regles perquè mai no disposen de regles aplicables, són adequades teories de l'aplicació del Dret. Entre aquestes peculiars Scilla i Caribdis hi ha la veritat¹⁹.

4) Els jutges tenen l'obligació d'aplicar les regles jurídiques en aquells casos que cauen sota el seu nucli de certesa. En els casos que cauen en la zona de penombra (i es podria afegir, en els casos de llacunes normatives: quan un determinat supòsit no està regulat pel Dret i en els casos de contradicció normativa: quan hi ha diverses normes aplicables a un cas que duen a solucions diferents) els jutges disposen de discreció. Discreció que, com adverteix G. Carrió²⁰, no significa arbitrarietat o caprici, sinó que significa que els jutges han de fonamentar les seves decisions en aquests casos en pautes raonables que no són part del Dret.

Aquesta qüestió és molt rellevant en els sistemes anglosaxons de Common Law. Com Hart afirma: «En un sistema on el stare decisis és fermament reconegut la funció dels tribunals és vertaderament semblant a l'exercici de competències de crear normes assumides per un òrgan administratiu»²¹.

6.2. La concepció de Dworkin

Aquesta concepció de l'aplicació del Dret i, en definitiva, la versió del positivisme jurídic presentada per Hart ha estat objecte d'una afilada crítica per part de Dworkin. El punt de vista de R. Dworkin pot ser resumit en les següents tesis²²:

1) El gran error de Hart és concebre el Dret com un sistema de regles identificades per un mètode empíric: pels criteris de la regla de reconeixement.

El Dret no és només un conjunt de regles sinó que també, inclou principis.

Entre les regles i els principis hi ha una diferència que Dworkin anomena de naturalesa «lògica». Segons Dworkin, les regles s'apliquen a tot o res, és a dir, o són aplicables al cas o no ho són, en canvi els principis tenen una consideració diversa, una dimensió de pes en l'argumentació. Sospesant l'abast dels diversos principis, que guarden relació amb el cas, es pot arribar a trobar una solució que les regles soles serien incapaces de proveir.

D'altra banda, els principis no s'identifiquen mitjançant cap regla de reconeixement. Els principis formen part del Dret com a resultat d'un sentit de l'adequació present en la comunitat jurídica.

2) La distinció entre normes jurídiques i enunciats referits al Dret (proposicions normatives) és inacceptable. La darrera obra de Dworkin, Law's Empire, sosté que el concepte Dret és un concepte interpretatiu, això significa que el Dret és allò que sorgeix de la interpretació feta pels operadors jurídics. El Dret en sentit pre-interpretatiu, allò que podria identificar una regla de reconeixement, no té interès des del punt de vista jurídic: la norma jurídica és un ideal més noble que el text de la llei.

3) Hi ha una connexió necessària entre Dret i moral. Segons Dworkin, un sistema al que li manquen els principis morals d'un ordenament jurídic desenvolupat, capaç de justificar l'exercici institucionalitzat de la coacció, no és Dret en sentit post-interpretatiu.

A les darreres obres de Dworkin es poden trobar frases d'indiscutible sabor iusnaturalista, com que «no tenim dificultats en comprendre algú que ens diu que el Dret nazi no era realment Dret»²³.

4) Els jutges no tenen mai discrecionalitat. En els casos difícils, aquells que estan a la zona de penombra, el jutge ha de trobar allò que Dworkin anomena «la resposta correcta», aquella resposta sorgida de la millor teoria del Dret constituïda pel conjunt de principis que estan subjacents a aquella comunitat i ens ofereixen la millor justificació de la seva existència. Dworkin anomena a aquesta concepció del Dret: el Dret com a integritat.

Dworkin ha batejat el jutge que seria capaç de construir aquesta millor teoria del Dret amb el nom d'Hèrcules, «un jutge d'habilitat, aprenentatge, paciència i perspicàcia sobrehumanes»²⁴ i l'ha contraposat al jutge que comparteix la doctrina de Hart, al qual en homenatge al iusfilòsof anglès, anomena Herbert.

6.3. L'escepticisme de les regles

Al meu parer i, des del punt de vista teòric, és possible encara un altre tipus de jutge, un jutge defensor de l'escepticisme radical respecte de les regles. Un jutge que en honor al gran jutge que fou Oliver Wendell Holmes, pare del realisme americà, anomenaré Oliver. La seva posició podria ser resumida amb les següents tesis²⁵:

1) Les regles jurídiques sempre són obscures i mai no ens donen una clara solució per a casos concrets. No hi ha Dret fins que els jutges no decideixen, el Dret és precisament les decisions judicials.

2) Hi ha separació entre el Dret i la moral, puix que els jutges no decideixen seguint només pautes morals, sinó que decideixen atenent a qüestions múltiples que no poden ser reunides en un conjunt coherent.

3) Per tant, la discrecionalitat judicial és immensa. Són els jutges els que fan el Dret. Com deia J. C. Gray les lleis només són fonts del Dret no part del Dret mateix, el Dret són les decisions judicials²⁶.

En un preciós article Hart anomena el punt de vista d'Hèrcules el més noble dels somnis i el punt de vista d'Oliver el malson, entre els quals se situaria la doctrina de Hart: el nostre jutge Herbert²⁷.

6.4. Consideracions crítiques

Des del punt de vista teòric, en la meua opinió la doctrina de Hart és la més acurada.

La doctrina que aquí hem atribuït a Oliver, no suporta la crítica més feble. Tots entenem allò que significa, per exemple, l'art. 12 de la Constitució espanyola: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años» i poques dificultats tindriem per a esbrinar si segons el Dret espanyol una persona és major d'edat o no ho és. Així i tot alguns casos difícils però improbables podrien caure en la zona de penombra d'aquesta regla: per exemple si és aplicable l'atenuant penal de minoria d'edat a una persona que ha comès un delicte a les dotze de la nit anterior al dia en què compleix divuit anys.

Més interès té tractar de criticar la doctrina de Dworkin i a això dedicaré les següents reflexions :

1) La presentació que Dworkin fa de la doctrina de Hart és discutible. Els principis, en molts dels usos que aquesta expressió té en el pensament jurídic, també poden ser identificats per la regla de reconeixement. En un llibre recent F. J. Ezquiaga ha posat de manifest que l'ús prevalent de l'expressió «principis» en les sentències del Tribunal Constitucional espanyol fa referència a un article de la Constitució que s'eleva a la categoria de principi²⁸. I no hi ha dubtes que els articles de la Constitució són identificables per mètodes empírics.

D'altra banda, l'existència de principis no identificables per mètodes empírics ens duu a un més que discutible objectivisme moral.

2) La insistència de Dworkin en la distinció entre normes jurídiques i enunciats referits al Dret (proposicions normatives) introdueix molta obscuritat en la teoria.

Dworkin a l'article on defensa la tesi de l'única resposta correcta²⁹, proposa el següent cas imaginari: El parlament promulga una disposició sinònima de: «els contactes sacrílegs són invàlids». Tom i Tim signen un contracte en diumenge. Però, més tard, es produeix un litigi i una de les parts addueix la invalidesa del contracte.

Aquest, és un cas clar de zona de penombra de les regles. No estem segurs si signar contractes en diumenge és o no signar contractes sacrílegs. Segons Hart, el jutge tindria, en aquest cas discrecionalitat i jutjaria tractant de buscar una solució raonable que produís raonables conseqüències.

Segons Dworkin, en canvi, la tesi de la discrecionalitat és una tesi falsa. Dworkin afirma que una de les dues oracions següents: «el contracte C és vàlid» i «el contracte C no és vàlid» ha de ser verdadera i l'altra falsa, de forma semblant a de quina manera una oració com «ahir va ploure a Barcelona» és verdadera o falsa.

No comprendre la distinció entre normes i enunciats referits a normes és el que fa de la doctrina de Dworkin una doctrina confusa. Una oració com «el contracte C és vàlid» significa «segons el Dret, C és un contracte» i no hi ha contradicció entre «segons el Dret, C és un contracte» i «segons el Dret, C no és un contracte» com les contradiccions normatives posen de manifest. La contradicció estaria, en realitat, entre «segons el Dret, C és un contracte» i «no és el cas que segons el Dret, C sigui un contracte»: una de les oracions és verdadera i l'altra falsa.

D'altra banda, el cas no és semblant al d'una oració com «ahir va ploure a Barcelona», donat que no estem discutint sobre si hi ha algun fet empíric que es correspongui amb l'enunciat; estem discutint sobre quin és el significat de la paraula «sacríleg», sobre si aquesta paraula es refereix o no als contractes celebrats en diumenge. És una qüestió de definició, no de referència empírica. I si no hi ha un ús compartit de l'expressió «sacríleg», el jutge no tindrà altre remei que estipular-ne un, no tindrà altre remei que la discrecionalitat.

Més endavant, Dworkin aventura la hipòtesi segons la qual aquest tipus d'enunciats són susceptibles de veritat o falsedat referits a fets morals o normatius. De la mateixa manera que «ahir va ploure a Barcelona» és susceptible de verificació en relació a fets empírics, «el contracte C és vàlid» seria vertader si es correspongués a algun fet moral. Això és encara pitjor, no hi ha res que siguin fets morals o normatius o res de semblant a l'univers³⁰.

Totes aquestes raons fan de la doctrina de Dworkin una doctrina que confon el nivell de la descripció del Dret amb el nivell de la justificació. Per això, crec que té raó R. Guastini quan afirma que l'obra de Dworkin és més aviat una obra de política jurídica que de teoria del Dret³¹. Malgrat tot l'avaluació de la doctrina de Dworkin com a doctrina jurídica la deixaré per al final.

3) Malgrat que cada vegada més autors se sumen al punt de vista de Dworkin, segons el qual hi ha una connexió necessària entre el Dret i la moral (així R. Alexy en un recent treball)³², aquesta és una tesi falsa al meu criteri.

Jo puc acceptar que l'ordenament jurídic espanyol incorpora pautes morals àmpliament compartides i que l'argumentació del Tribunal Constitucional en casos de transgressió del principi d'igualtat, per exemple, corre paral·lela a l'argumentació moral; però diré que aquesta és una connexió contingent, no necessària.

Per exemple: jo diria que alguns menors d'edat condemnats a mort en base a lleis d'alguns estats nord-americans, estan condemnats legalment a mort, encara que em semblen lleis profundament immorals. No sé què opinaria Hèrcules al respecte. Però qualsevol resposta des del seu punt de vista seria, segons crec, insatisfactòria. Podria dir que alguns tribunals americans tenen l'obligació legal i, per tant, moral de condemnar a mort a menors d'edat per determinats delictes. Llavors, jo em sorprendria de la iniquitat de la teoria moral d'Hèrcules. També podria dir que aquestes lleis són inconstitucionals i que, per tant, els jutges no han d'aplicar-les. Ara em sorprendria de l'excessiu activisme judicial d'Hèrcules, contrari a qualsevol teoria de l'aplicació del Dret defensada als Estats Units.

4) Després de tot el que he dit, ningú no se sorprendrà si afirmo que, segons crec, la tesi de l'única resposta correcta és falsa. Hi ha casos, els casos difícils, en els quals els jutges no disposen de regles per aplicar i, per tant, en aquests casos hi ha varies respostes possibles.

És clar que els jutges han de fonamentar les seves decisions. Però en els casos difícils, sotmesos a processos d'argumentació racional i raonable, les concepcions polítiques i morals dels jutges donaran una o altra solució. La seva serà, en part, una decisió política i, al meu parer, és bo que així ho reconeguem³³.

Això em dóna la possibilitat d'introduir una última reflexió. Algú podria pensar que, malgrat les raons presentades o potser no convençut per elles, seria millor que els jutges creguessin que són Hèrcules o ho intentessin ser i que els juristes i la societat en general, així ho acceptessin. Això és, anem a analitzar la plausibilitat política de la proposta de Dworkin.

Pensem en si preferiríem un tribunal constitucional espanyol amb consciència d'Hèrcules, de Herbert o d'Oliver.

La meua hipòtesi és que el més noble dels somnis d'Hèrcules és molt semblant al malson d'Oliver i els dos són igualment perniciosos des del punt de vista d'una política democràtica, on els jutges estan mancats de la legitimitat que, en democràcia, té el parlament.

En realitat, Dworkin i Hart comparteixen gran part d'idees polítiques. Dworkin és un liberal progressista a l'americana, defensor aferrissat dels drets civils i de la igualtat. Hart és un membre de l'ala moderada del partit laborista britànic que defensa semblants ideals. Ambdós han combatut la política conservadora i anti-igualitarista de les administracions Reagan i Thatcher.

Però, pensem en un cas que ha estat debatut al nostre país suficientment. Es tracta de si la despenalització de l'avortament en determinats supòsits és una norma constitucional o no (veure Sentència del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 d'abril de 1985):

Crec que davant d'aquests casos, és útil dividir els nostres jutges imaginaris en dues versions de cadascú: una versió conservadora (que podem anomenar Hèrcules1, Herbert1 i Oliver1) i una versió progressista (Hèrcules2, Herbert2 i Oliver2).

Hèrcules1 i Hèrcules2 iniciarien una inacabable discussió respecte de si el principi que harmonitza amb la millor teoria del Dret estableix un dret a la vida del fetus o estableix un dret de la dona al propi cos. Segons Dworkin, els principis estableixen drets que cap legislatura pot infringir. D'aquesta manera, Hèrcules1 sempre declararia inconstitucionals les lleis del parlament despenalitzant l'avortament i Hèrcules2 sempre acceptaria els recursos d'empara de les dones castigades, tot i en el supòsit que el parlament no hagués despenalitzat l'avortament.

Tant un com l'altre usurparien, al meu entendre, el poder que legítimament correspon al parlament elegit democràticament.

El mateix passaria amb Oliver1 (podria ser, per exemple, algun defensor de l'anàlisi econòmica del Dret que tingués idees properes a l'anomenada «majoria moral») i amb Oliver2 (podria ser un representant del corrent Critical Legal Studies). Tant Oliver1 com Oliver2 coincidirien en què els articles de la Constitució són obscurs i que no han de tenir-se en compte. Oliver1 podria argumentar, amb raons conseqüencialistes que en un moment de natalitat baixa l'avortament ha de ser penalitzat i Oliver2 podria argumentar que la qüestió de l'avortament no és més que l'expressió d'una altra de les contradiccions del pensament, liberal i presentar alguna versió comunitarista en la qual la despenalització de l'avortament fos amplament compartida.

Com veiem, el noble somni i el malson coincideixen en una situació bastant contrària al lloc que, al meu parer ha de tenir un tribunal constitucional en el marc d'un sistema democràtic.

En canvi, tant Herbert1 com Herbert2 serien respectuosos amb la voluntat parlamentària i, sabedors que es troben en un cas de la zona de penombra, especialment volgut a causa del procés constituent; deixarien l'última decisió en mans de la legislatura, vetllant únicament perquè la Constitució fos respectada.

Arribats en aquest punt se'm pot acusar d'haver triat un exemple que beneficiava els meus interessos expositius. És possible. Sé que hi hauria casos de la zona de penombra realment complicats i els tribunals haurien de decidir. I, sé també que no decidiria igual un tribunal que un altre. Però, i aquesta és la meua última defensa del jutge Herbert, si som conscients que el Dret no té la solució per a tots els casos (com pensa Hèrcules) i que tampoc és el garbuix inextricable que imagina Oliver, podem construir teories de l'argumentació judicial més mesurades, sabedors que Herbert1 jutjarà els casos difícils usant, per exemple, algun criteri referit a les conseqüències que la seva decisió tindria per a la maximització de la

riquesa de la societat (com vol Richard Posner en un interessant article titulat «The Jurisprudence of Skepticism», però d'un escepticisme moderat)³⁴ i que Herbert² jutjarà elegint altres criteris com el del respecte màxim a les conviccions morals dels individus expressades en conductes que no danyen els altres i el de la recerca d'una societat més igual, que són les que sempre ha mantingut Hart en els seus treballs i en la seva vida³⁵.

He de dir que també en aquest punt comparteixo les idees de Hart. Però sigui com sigui, conservador o progressista, les decisions del jutge Herbert estan obertes a la discussió pública i democràtica, no pretenen formar part de cap millor teoria, ni són resultat de cap raonament obscurament guardat pels seus autors.

Amb tot això, podem concloure que l'Hèrcules de Dworkin és un heroi nu, que com el rei de la falla, ningú no gosa dir-li que està nu, perquè la millor teoria del Dret (el Dret com a integritat) és un vestit que ningú no vol reconèixer que no és capaç de veure. Amb ànim polèmic, jo faig de jove ingenu: el rei està nu i qui pugui que mostri el contrari³⁶.

Per acabar vull fer una advertència: les doctrines aquí presentades han estat algunes vegades caricaturitzades, per tal d'exposar millor els seus trets més destacats. Se'm perdonarà aquesta llicència, que era necessària per al meu discurs. Les idees del realisme americà, en concret les d'Oliver Wendell Holmes, han estat exagerades deliberadament (encara que algunes de les seves frases hi donen peu). Cal tenir en compte que els realistes americans combatien contra un poderós Hèrcules conservador que pensava que la Constitució americana incorporava el principi de lliure mercat i d'autonomia de la voluntat sense cap límit, de manera que qualsevol llei que regulés la jornada de treball a les mines o que permetés intervencions estatals al mercat era declarada inconstitucional. Així, el Tribunal Suprem americà va boicotejar durant anys la política del New Deal de l'administració Roosevelt, elegida pel poble americà. Per aquesta raó, els errors dels realistes són més perdonables.

NOTES

- (1) Per a Austin, es pot veure AUSTIN, J.: Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, (1861-1863), ed. R. Campbell, Glashütten im Taunus: Verlag Detlev Auvermann KG, 1972. Darrerament alguns autors han discutit l'adequació de l'exposició que Hart fa de les idees d'Austin. Vd., per exemple, MORRISON, W.L.: John Austin, London: Edward Arnold, 1982 i MOLES, R.N.: Definition and Rule in Legal Theory. A Reassessment of H.L.A. Hart and the Positivist Tradition, Oxford: Basil Blackwell, 1987. Respecte a Bentham, l'obra de HORT (un recull d'articles) Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford : Oxford University Press, 1983, constitueix, al meu entendre, la millor aportació existent a l'estudi del pensament de Bentham.
- (2) Es pot veure DE PARAMO, J.R.: "Entrevista a H.L.A. Hart", Doxa, 5 (1988) 340 i MacCORMICK, N.: H.L.A. Hart, London: Edward Arnold, 1981, p.2. D'altra banda l'obra de WINCH, P.: The Idea of a Social Science, London: Routledge & Kegan Paul, 1958, deutora del segon Wittgenstein, va tenir gran importància en la gestació de The Concept of Law.
- (3) Vd. HART, H.L.A.: The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 18-25.
- (4) Ibidem, pp. 26 i ss.
- (5) Ibidem, p. 237 nota.
- (6) Ibidem, pp. 9-11 i 54-59.
- (7) De fet Hart ha reconegut que la seva idea d'obligació judica a The Concept of Law (p.83 i ss.) s'adaptava a les regles consuetudinàries, però no aconseguia donar raó de la idea d'obligació sorgida de les normes promulgades legislativament, Vd. DE PARAMO, J.R.: "Entrevista a H.L.A. Hart", cit., pp. 343-345.
- (8) The Concept of Law, cit . , p . 79 .
- (9) Ibidem, pp. 79-89.
- (10) Vd., per exemple, SARTORIUS, R.. "The Concept of Law", en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 52 (1966), pp. 165-166 i MacCORMICK, N.: H.L.A. Hart, cit., pp. 103-106.
- (11) The Concept of Law, cit., pp. 89-96.
- (12) Vegi's RAZ, J.: "The Identity of Legal Systems" en California Law Review, 59 (1 971) , p. 806 i MacCORMICK, N.: H.L.A. Hart, cit., p. 22.
- (13) Ibidem, p. 808.
- (14) BULYGIN, E.: "Sobre la regla de reconocimiento" en Derecho. Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires : Astrea, 1976, pp.30-39.
- (15) The Concept of Law, cit . , 87 .

- (16) Vd., al respecte, BULYGIN, E.: "Norms, Normative Propositions and Legal Statements" en G. Floistad (ed.), Contemporary Philosophy. Vol. 3: Philosophy of Action, The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 1982, pp. 137 i ss.
- (17) The Concept of Law, cit, pp , 12 i 124 i ss.
- (18) Vegi's HART, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law and Morals" (1958) en Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford: Oxford University Press, 1983, pp. 49-87.
- (19) The Concept of Law, cit , , pp , 121 i ss .
- (20) CARRIO, G.R.: Principios jurídicos y positivismo jurídico, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 69.
- (21) The Concept of Law, cit . , p . 132 .
- (22) Dels nombrosos treballs de DWORKIN són aquí d'interès: "Is Law a System of Rules" en R.S. Summers (ed.), Essays in Legal Philosophy, Oxford: Basil Blackwell, 1970, pp. 24-60; "Hard Cases" en Harvard Law Review, 88 (1975), pp. 1057-1109 (inclosos en Los derechos en serio (1977), trad. de M. Gustavino, amb un interessant estudi introductori d'Albert Calsamiglia, Barcelona: Ariel, 1984) "No Right Answer" en P.M.S. Hacker i J. Raz (eds.), Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart, Oxford : Oxford University Press, 1977, pp. 58-84. Cal tenir en compte la darrera i important obra de DWORKIN, Law's Empire, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986 i també, "Legal Theory and the Problem of Sense" en R. Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 9-20.
- (23) Vd., per exemple, "Legal Theory and the Problem of Sense", cit., pp. 16-17.
- (24) DWORKIN, R.: "Hard Cases", cit., p. 1083.
- (25) Les primeres pàgines de HOLMES, O'W': The Common Law (1881), Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1963, són una manifestació d'aquest punt de vista. Allí es troba la famosa frase de Holmes: "La vida del Dret no ha estat lògica: ha estat experiència" (p.5).
- (26) CHIPMAN GRAY, J.: The Nature and Sources of Law, (1902), Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972, pp. 102-103, 121.
- (27) "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" en Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit., pp. 123-144.
- (28) EZQUIAGA, F . J . : La argumentación en la justicia constitucional, Oñati: HAAE/IVAP, 1987, pp. 78 i ss.
- (29) Vd. també,, "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" en The Matter of Principle, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, pp. 119-145.
- (30) Vd. la crítica de BULYGIN, E.: "Norms, Normative Propositions and Legal Statements" cit., pp. 146-149; CARRIO, G.R.: Dworkin y el positivismo jurídico, México: UNAM, 1981, pp. 49-51 i NINO, C.S.: "Dworkin and Legal Positivism" en Mind 89 (1980), pp. 519-543.
- (31) GUASTINI, R.: "Some Remakes on the Framework of 'Law's Empire'" en Ratio Juris, 1 (1988), pp. 176-180.

- (32) ALEXY, R.: "On Necessary Relations between Law and Morality" en Ratio Juris, 2 (1989), pp. 167-183. Vd. també, SOPER, PH.: "Legal Theory and the Claim of Authority" en Philosophy and Public Affairs, 15 (1989), pp. 209-237 i A Theory of Law, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1984, pp. 16-56. La tesi d'aquests autors és que el punt de vista intern comporta un punt de vista moral, per tant quan un teòric descriu el Dret ha de tenir en compte aquesta connexió. Aquest punt de vista necessitaria entrar en una discussió més ampla que la aquí assenyalada.
- (33) Vd. WROBLEWSKI, J.: "Problems Related to the One Right Answer Thesis" en Ratio Juris, 2 (1989), pp. 240-253, En aquest article Wroblewski sosté, que hi ha tres tipus bàsics d'ideologies de l'aplicació judicial del Dret que es corresponen amb els models d'Hèrcules, Herbert i Oliver, tal i com jo els he descrit.
- (34) En Michigan Law Review, 86 (1988), pp. 827-891.
- (35) Veure la seva obra favorable a la despenalització de les activitats sexuals entre adults, contra les idees del jutge victorià James Fitzjames Stephen i contra Lord Devlin. Law, Liberty and Morality, London-Oxford: Oxford University Press, 1963. Respecte a la hartiana defensa de la igualtat es poden veure les reflexions de Hart a Juan Ramón de Pàramo, "Entrevista a H.L.A. Hart", cit., pp. 359-361.
- (36) Veure la metàfora, encara que en un sentit diferent, a LEE, S.: "Law's British Empire" en Oxford Journal of Legal Studies, 8 (1988), pp. 278-292.